

UNIVERSIDAD SAN PEDRO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



Divorcio por la causal de Separación de Hecho

TRABAJO DE SUFICIENCIA PROFESIONAL PARA OBTENER EL TITULO PROFESIONAL DE DERECHO

Autor:

Castro Morillos, Elida Yadira

Asesor:

Mg. Patricia Bejarano Luján

Chimbote – Perú

2018

DEDICATORIA

Dedico este trabajo primeramente a mi Creador, por haberme dado las fuerzas suficientes para continuar cuando a punto de caer he estado; por ello con toda la humildad que de mi corazón puede emanar le dedico mi trabajo a Dios.

De igual forma, dedico esta tesis a mis Padres; AQUILES CASTRO VALOS y ANGELICA MORILLOS RUIZ, que han sabido formarme con buenos sentimientos, hábitos y valores, lo cual me ha ayudado a salir adelante en los momentos más difíciles que he podido pasar.

A mis dos hermanos HEINER Y JEFFERSON, quienes siempre confiaron en mí y nunca dejaron de apoyarme con sus buenos consejos, que me sirvieron y servirán de mucho a lo largo de mi vida tanto profesional como personal.

Asimismo dedicarle este trabajo a mi Ángel de la Guardia mi Mamita Meche, que si bien es cierto ya no se encuentra con nosotros, pero que desde el cielo está cuidándome y guiándome.

A las personas que siempre confiaron en mí y a las cuales hasta el día de hoy no he defraudado y pido a Dios nunca hacerlo. ¡GRACIAS!

AGRADECIMIENTO

A Dios por acompañarme todos los días de mi vida, a mis Padres por el apoyo que hasta el día de hoy me siguen brindando y por enseñarme tantas cosas valiosas que se quedaran conmigo a lo largo de mis días, pues son los Padres más buenos y perfectos que mi Dios me pudo enviar.

A mi Hermano Heiner, que siempre estuvo presente cuando lo necesite y tiene las palabras perfectas para ayudarme a seguir adelante, por hablarme del Amor de Dios y ayudarme a vencer mis miedos y temores que se me puedan presentar en el camino.

A mi Hermano Jefferson, por alegrar mis días con tus ocurrencias y porque a pesar de que aun eres un niño, me enseñas tantas cosas valiosas, como el Amor y la perseverancia.

¡Gracias Familia los Amo!

PALABRAS CLAVES:

Tema	Divorcio por causal de Separación de Hecho
Especialidad	CIVIL

KEYWORDS:

Tex	Divorce on grounds of Separation of Fact
Specialty	Civil Law

Línea de Investigación: DERECHO

PRESENTACION

SEÑORES MIEMBROS DEL JURADO:

El presente trabajo se ha realizado la elección de un tema de investigación en materia civil puesto que resulta un trabajo arduo, no por la escasez, sino por la abundancia. Dentro de ese mar de problemas de investigación optamos por investigar uno de derecho de familia sobre el cual se ha escrito mucho. Sin embargo, sobre este tema, a pesar de su número, observábamos que las investigaciones se dirigían más a la determinación de la naturaleza jurídica y a aspectos procesales que a una pregunta básica: ¿Quién es el cónyuge más perjudicado?

La tesis no solo despliega un análisis de la jurisprudencia dictada en torno al tema, sino que precisa los criterios que deberían establecerse

Con esperanza en que esta investigación pueda contribuir al mejor entendimiento de la institución en nuestro país y con la utilidad social que ello supondría, dejamos a consideración del lector los resultados de nuestra investigación.

INDICE

GENERAL

DEDICATORIA	i
AGRADECIMIENTO	ii
PALABRA CLAVE	iii
PRESENTACIÓN	iv
INDICE	v
RESUMEN	viii
INTRODUCCION	1
ANTECEDENTES DEL DIVORCIO	2

CAPITULO I

MARCO TEORICO EL DIVORCIO

1. DEFINICION	4
2. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL DIVORCIO	5
3. CLASES DE DIVORCIO	
3.1. Divorcio Absoluto	
3.2. Divorcio Relativo	

CAPITULO II

LA SEPARACIÓN DE HECHO

1. DEFINICIÓN	7
1.1.- El Código Civil Peruano	8
4.2.- Qué implica el Divorcio por Separación de Hecho	8

CRITERIOS DOCTRINALES

1.	TESIS ANTIDIVORCISTA	10
2.	TESIS DIVORCISTA	10

CAPITULO III

LEY QUE INCORPORA LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y SUBSECUENTE DIVORCIO LEY N° 27495

1.	ANTECEDENTES SEPARACION DE HECHO	11
2.	ARTÍCULO 333.- CAUSALES SON CAUSAS DE SEPARACIÓN DE CUERPOS	12
3.	BENEFICIOS E INCONVENIENCIAS	13
4.	DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS Y TRANSITORIAS	14
3.	LAS CONSECUENCIAS INDEMNIZATORIAS DE LA SEPARACION DE HECHO EN EL DERECHO PERUANO	14
4.	MINISTERIO PÚBLICO	15

CAPITULO IV

JURISPRUDENCIA

CASACION N° 1448-2012	17
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA SALA CIVIL TRANSITORIA CASACIÓN 5060 – 2011 HUAURA	24
CAS. N° 1529-2011-AREQUIPA LIMA, QUINCE DE MARZO DE DOS MIL DOCE LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA	26

CAPITULO V
PRECEDENTE VINCULANTE

CORTE SUPREMA DICTA PRECEDENTE VINCULANTE SOBRE DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO CASACIÓN N° 358- 2014	28
REGUALCION EN LA LEGISLACION COMPARADA	32
CONCLUSIONES	35
RECOMENDACIONES	36
RESUMEN	37
BIBLIOGRAFIA	39
ANEXOS (PROYECTO DE SENTENCIA)	40

RESUMEN

La separación de hecho es una causal de divorcio que le da celeridad al proceso, que además el Juez puede otorgar una indemnización por daño emocional a alguna de las partes.

Esta causal se encuentra contemplada en el inc.12 en el Ar.333 del Código Civil incorporada mediante Ley 27495 que data de julio del año 2001.

Esta causal tiene características diferentes a las otras causales dentro de ellas que se puede alegar también el hecho propio, así como también se refiere concretamente al quiebre del deber de cohabitación entre los cónyuges, aspecto que puede realizarse por parte de uno de ellos o de forma conjunta y exteriorizarse hacia fuera, a través de forma expresa o forma tácita.

Esta causal es la más utilizada en los estrados judiciales frente a la existencia de conflicto matrimonial, precisamente porque no busca un cónyuge culpable, es que se deben tener en cuenta 3 requisitos:

1. Elemento objetivo._ Que es determinar el cese definitivo de la vida en común.
2. Elemento subjetivo._ vinculado a la intención cierta y deliberada de parte de uno o de ambos cónyuges de quebrar el deber de cohabitación, esto es de no compartir un mismo destino final.
3. Elemento temporal._ vinculado al transcurso ininterrumpido del tiempo, con un plazo mínimo legal que la ley estipula de 2 años, cuando no se tiene hijos menores, y de 4 años cuando si los tienen.

¿Esta causal puede generar algún daño, o algún perjuicio?

Indudablemente que si, en cuanto podría de repente resultar perjudicial precisamente aquel cónyuge que no genero el quiebre de la vida en común, y para ello la Ley contempla como un contrapeso lo establecido por el artículo 345-A del Código Civil, cuando señala un aspecto de forma y fondo para su beneficio.

En este caso se dice de que, deberá acreditar estar allí en el cumplimiento de obligación alimentaria aquel que demanda.

El Juez deberá velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado y sus hijos, fijando una indemnización o una adjudicación preferente de bien, sin perjuicio de la pensión alimenticia que pudiera corresponderle.

Precisamente sobre este último extremo es que nos pone en relieve que para el análisis de este perjuicio de separación de una forma u otra tenemos que conocer las causas por las cuales se produce la separación y pone de relieve que la causal no es totalmente remedio sino también que tiene una connotación de sanción para efectos del perjuicio en la separación, es como ha ido el desarrollo jurisprudencial en esta causal ha sido ardua y a la vez contradictorio hasta el año 2010 en que luego se produce un pleno casatorio que ha permitido unificar criterios para efectos de poder un adecuado tratamiento de la causal, y dentro de ellos se establecido la función tuitiva del Juez, la flexibilización de forma, el tema de la protección especial para los hijos, la mujer y para el anciano.

Como también que debe darse de oficio o a pedido de parte, y fundamentalmente 4 reglas que deben tenerse en cuenta para fundabilidad de la causal que es vinculado a:

- Que haya habido juicio de alimentos previos.
- Procesos de tenencias/ visitas.
- Que haya una evidente situación desventajosa para uno de los cónyuges.
- Que haya habido una afectación emocional o psicológica.

Finalmente el Pleno Casatorio concluye estableciendo que esta indemnización no es ni responsabilidad civil contractual ni extracontractual, sino una obligación legal basada en la solidaridad y en la equidad.

Esta situación es lo que acontece en la actualidad y obviamente da lugar a nuevas pautas de desarrollo jurisprudencial y propuestas legislativas.

INTRODUCCION

En nuestro sistema legal de la causal de separación de hecho como fundamento para la separación de cuerpos o de divorcio, la primera noticia que se tiene, se remonta al año 1931 cuando Bustamante de la Fuente, tal como relata el Dr. César Fernández Arce, la expone ante el Congreso, y luego se menciona en el Diario de Debates del Congreso, la sugerencia del diputado por Celendín, Dr. Clodomiro Chávez, del 17 de abril de 1940, para que se incorpore como una nueva causal a la legislación de familia, siempre que el lapso de la separación de facto hubiera durado cinco años. Por su parte el ex parlamentario Javier Valle Riestra, ha manifestado que él presentó este proyecto en 1993 a la Cámara de Diputados, señalando que la separación de hecho de una pareja debía considerarse como nueva causal de divorcio y que cualquiera de los dos, abandonado o abandonador, podían invocarlo.

ANTECEDENTES DEL DIVORCIO

El divorcio tiene su antecedente más antiguo en el repudio que fuera concedido generalmente al marido, es decir la disolución del vínculo a su sola voluntad, sin importar aquella que correspondía a la mujer. Así funcionó en las realidades de los antiguos pueblos de Egipto o Babilonia, e incluso con el Código de Hammurabi se fijaron las causas para este repudio, así como en la India con las Leyes de Manú.

En el derecho romano se permitió el divorcio, tanto para el matrimonio de patricios (ceremonia religiosa llamada *confarreatio*) como para los plebeyos (convención civil denominada *coemptio*), en el primer caso, a través de una ceremonia denominada *disfarreatio*. En el derecho griego también se permitió el divorcio, pero rara vez se realizaba. Al respecto, MALLQUI¹⁶ nos cuenta que en la época homérica no se conocía el divorcio, en cambio sí en épocas posteriores, especialmente en tiempos de los filósofos clásicos, durante los cuales existió mucha libertad.

Desde el siglo IV antes de Cristo se tenía por disoluble el matrimonio, pero era el marido quien disponía de varios motivos para obtenerlo; en caso de mutuo disenso, no había problema; pero si era pedido unilateralmente, era más difícil el que fuera solicitado por la mujer.

No se debe olvidar a los germanos, quienes antes de su primer contacto con el cristianismo practicaron, señala Peralta Andía¹⁷, con gran libertad el divorcio por mutuo convenio, según se deduce de los *libella repudii* en los siglos VII y VIII, y que funcionó generalmente por iniciativa del marido, pero jamás a petición de la mujer, en razón de que por costumbre se exigía con mayor severidad a ésta que al varón.

En cuanto a los pueblos musulmanes, la figura del divorcio presenta algunas peculiaridades ya que en dichos pueblos sí se permite la poligamia. Esto se evidencia del Corán, señala MALLQUI, que admite el matrimonio hasta con cuatro mujeres a la vez. Pero ello al parecer no era suficiente para los adinerados ya que muchos tenían hasta ocho mujeres, como lo comprueba el caso del recientemente fallecido Rey Fahd

de Arabia Saudí, cuya cuarta esposa está reclamando legalmente el derecho de manutención que se le negara, mediante una acción que entabló en vida del monarca y ahora prosigue contra la sucesión legal. Sin embargo, en estos pueblos, el divorcio está revestido de un formalismo rígido y por causales desigualmente aplicables entre varón y mujer. Por ejemplo, el varón puede repudiar a su mujer porque simplemente ya no le gusta; en cambio la esposa necesita fundamentar sus quejas contra el marido. El procedimiento para divorciarse, por el contrario, no requiere solemnidad alguna ya que suele consignarse en un acta ante testigos, la que es refrendada por el Tribunal. También existe un procedimiento de disolución judicial de oficio, cuando se violan las reglas a las que inflexiblemente está sometido el matrimonio.

CAPITULO I

MARCO

TEORICO

EL DIVORCIO

1. DEFINICIÓN

El divorcio es la disolución del matrimonio; pronunciada judicialmente en vida de los esposos, a pedido de uno de ellos o de ambos por una o varias causales taxativamente señaladas en la ley y que hagan imposible la vida en común.”

LOS AUTORES “VICTOR CHARLES COLIN” y “HENRI CAPITANT”._ consideran que “Es la disolución del matrimonio viviendo los esposos a consecuencia de una decisión judicial dictada a demanda de uno de ellos indistintamente por las causales establecidas por ley.”

Hace suponer que sólo procede cuando están viviendo maritalmente, lo cual contradice los requisitos, pues no es necesario que los cónyuges continúen haciendo vida marital, ya que la separación unilateral por más de dos años continuos, constituye causal de divorcio.

LOS AUTORES “MARCEL PLANIOL”._ Consideran “El divorcio, es la disolución del matrimonio válido en vida de los cónyuges.”

VIRREYRA FLOR RODOLFO. “Es la ruptura del matrimonio válido estando aún vivos los esposos”.

El divorcio también puede ser definido como aquella disolución del vínculo matrimonial en vida de los cónyuges. Al respecto

EL AUTOR “PUIG PEÑA”._ Considera que el divorcio rompe las nupcias legales y válidamente contraídas, en lo que se diferencia de la nulidad del matrimonio, que supone un estado de derecho establecido con vicios insubsanables.

La Iglesia Católica Y El Divorcio

Se opone al divorcio porque el matrimonio es un sacramento: lo que une Dios, no lo puede separar el hombre.

El matrimonio cristiano alcanza firmeza por razón del sacramento que le da las propiedades de: unidad e indisolubilidad (canon 1056)

Prohíbe el divorcio porque los hijos se quedan sin educación.

2. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DEL DIVORCIO

VENTAJAS:

- ✓ Da segunda oportunidad para buscar la felicidad.
- ✓ Rehace su vida.
- ✓ Los hijos dejan de ver peleas. Evita mal mayor: imposibilidad de convivencia.

DESVENTAJAS:

- ✓ Mujer no pueda rehacer su vida.
- ✓ Los hijos quedan abandonados.
- ✓ Esta comunidad se queda sin asistencia económica.
- ✓ Trauma en hijos que hace que odien a sus padres por haberlos abandonas.

¿Hasta cuándo rige la pensión de Alimentos entre conyugues divorciados?

Por consenso se aprobó que, sin perjuicio de las causales que recoge la ley como un nuevo matrimonio, la pensión de alimentos entre los conyugues divorciados rige mientras subsista el estado de necesidad

3. CLASES DE DIVORCIO

3.1 Divorcio Absoluto:

Es conocido también como divorcio vincular, y consiste en la disolución total, definitiva y perpetua del nexo conyugal. La mayoría de países del mundo reconocen y permiten en sus legislaciones este tipo de divorcio, en cambio hay otros que se limitan únicamente a la separación de cuerpos y hay un tercer grupo que admite las dos formas, entre ellos el Perú.

3.2 Divorcio Relativo:

Es conocido como separación de cuerpos y, en palabras de MALLQUI25, consiste en una relajación del vínculo conyugal, en virtud de la cual los esposos se separan del lecho y la habitación, cesan los deberes matrimoniales, pero el vínculo legal subsiste y los esposos no pueden volver a casarse.

LA **SEPARACIÓN** **DE HECHO**

1. DEFINICION

Es la constatación fehaciente que debe hacer el juzgador a fin de acreditar que los cónyuges han optado en los hechos por apartarse el uno del otro, dejando de lado el deber marital de la convivencia y de la vida en común.

Está causal, como hemos dicho ha sido bastante discutida y es controvertida, tanto es así que proyectos de ley, se presentaron en el último quinquenio y en el penúltimo Congreso de la República, como el proyecto de ley N°1716/97-CR, presentado por el principal gestor de ley, el Congresista Daniel Estrada Pérez y el Proyecto de Ley N°1729/96-CR, presentado también por el Congresista Dr. Roger Cáceres Velásquez, los que aparecen en mi libro Derecho de Familia y Derecho Genético, publicado por Ediciones Jurídicas, en 1997.

En cuanto al tiempo se ha establecido que para que se configure la separación de hecho, tiene que transcurrir 4 años, si los cónyuges no tienen hijos o teniéndolos, éstos, son mayores de edad (nada se dice sobre los hijos mayores, pero incapaces) o 2 años cuando los cónyuges tienen hijos menores de edad.

Al respecto nosotros en la Comisión de la Mujer, en años anteriores, expresamos nuestra opinión en el sentido de que si bien está causal debe incluirse debía ser sólo para la separación de cuerpos legal, no directamente para el divorcio, y debería transcurrir cinco años de separación de hecho, teniendo o no hijos, a fin de defender la estabilidad familiar, aun cuando el fundamento social es que casi un millón de personas que permanecen en condición de separados de hecho podrán regularizar su situación conyugal en virtud de esta ley.

¿Qué establece el Código Civil sobre la Separación de Hecho? ¿Qué implica el Divorcio por Separación de Hecho? Jurisprudencia

1.1.-El Código Civil Peruano establece que:

La Separación de Hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335 del Código Civil. Esta causal está inmersa en lo que respecta al Divorcio Remedio.

¿Qué implica el Divorcio por Separación de Hecho?

Incumplimiento del deber de cohabitación, es decir, que los cónyuges ya no vivan juntos, y que esta separación haya sido por un período largo y sin interrupciones de dos a cuatro años (si tienen hijos menores de edad). En este caso, los cónyuges no tienen la voluntad de hacer la vida en común, puede darse ya sea porque uno de los cónyuges se aleja por su propia voluntad o por el acuerdo de ambos.

Puede presentar la demanda por la causal de Separación de Hecho cualquiera de los cónyuges, ya sea porque el otro cónyuge se lo pidió o el mismo responsable de la separación, es decir, quien abandonó el hogar.

En este caso, es de alguna manera irrelevante, cuál ha sido la causa de la separación. Aquí lo más importante es que se haya dado la interrupción de la cohabitación de manera prolongada, quedando en evidencia, que el matrimonio ha quedado definitivamente roto.

Esta causal de Separación de Hecho, se basa en hechos objetivos: no se ha hecho vida en común durante un largo tiempo, dos o cuatro años y de manera ininterrumpida.

Si el cónyuge se retiró del hogar conyugal por razones laborales, esta causa no podrá ser invocada, siempre y cuando el cónyuge cumpla con sus obligaciones alimentarias u otras acordadas con el cónyuge.

Para poder demandar por la causal de separación de hecho, el cónyuge deberá estar al día en sus obligaciones alimentarias.

El Juez por mandato de la ley deberá identificar al cónyuge perjudicado y brindarle su protección. Para esto se requiere la invocación, debate probatorio, contradictorio, congruencia, que determinen cómo el cónyuge fue el perjudicado.

Téngase en cuenta que el perjudicado no necesariamente ha de coincidir con el demandado, éste podrá ser el cónyuge abandonado en contra de su voluntad.

No habrá cónyuge perjudicado si ha existido un propio acuerdo. El demandante también podría ser calificado como el perjudicado, si es el que no abandonó el hogar.

Una vez identificado el cónyuge perjudicado, si lo hubiera, entonces el Juez ordenará las medidas correspondientes para proteger la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por la separación de hecho (aquel que no ocasionó la separación de hecho), así como la de los hijos.

La indemnización al cónyuge perjudicado, incluye el daño moral irrogado, psico-físico, el haberle afectado un proyecto personal de vida y el daño patrimonial.

CRITERIOS

DOCTRINALES

1.-TESIS ANTIDIVORCISTA.

Niega el divorcio. Porque un proyecto de vida en común queda truncado, los hijos de alguna manera pierden a sus padres, si los padres forman otro hogar lo hijos se sienten extraños, los hijos desarrollan cierto odio a sus progenitores porque los traen al mundo para abandonarlos.

El divorcio impide la misión de tutela de los miembros de la familia. El divorcio da lugar al egoísmo, el “derecho a rehacer su vida” y “derecho a la felicidad” son posiciones de un individualismo secante y egoísta.

El ser humano nace para realizar la felicidad de los demás, y no para hacerlos infelices.

2.-TESIS DIVORCISTA.

El divorcio es una liberación de una situación insoportable. Es dañino que los hijos vean las disputas.

El divorcio no destruye la familia, ya estaba rota por imposibilidad de convivencia armónica.

Todos tienen el derecho a una segunda, oportunidad. El divorcio es necesario para evitar mal mayor pelea continua de los cónyuges.

CAPITULO III

LEY QUE INCORPORA LA SEPARACIÓN DE HECHO COMO CAUSAL DE SEPARACIÓN DE CUERPOS Y SUBSECUENTE DIVORCIO LEY N° 27495

1.- ANTECEDENTES

Los legisladores de 1984, adoptaron el sistema mixto, tanto del divorcio sanción como del divorcio-remedio en el Código Civil y con la reforma efectuada por Ley N° 27495 del 7 de julio del año 2001, se puede afirmar que en nuestro sistema se contemplan, causales subjetivas o inculpatorias propias del sistema del divorcio sanción, previstas en los incisos 1) al 11) del artículo 333° Código Civil, y por otro lado causales objetivas o no inculpatorias contempladas en los numerales 12) y 13) del mismo artículo del código adjetivo.

Estas son precisamente la separación de hecho y la separación convencional, que corresponden al sistema del divorcio remedio, siendo la primera la que se va ajustando a nuestra realidad paulatinamente.

Artículo 1.- Modifica el Artículo 319 del Código Civil

Artículo 2.- Modifica el Artículo 333 del Código Civil

Artículo 333 del Código Civil en los términos siguientes:

“Artículo 333.- Causales Son causas de separación de cuerpos:

- El adulterio.
- La violencia física o psicológica, que el juez apreciará según las circunstancias.
- El atentado contra la vida del cónyuge.
- La injuria grave, que haga insoportable la vida en común.

- El abandono injustificado de la casa conyugal por más de dos años continuos o cuando la duración sumada de los períodos de abandono exceda a este plazo.
- La conducta deshonrosa que haga insoportable la vida en común.
- El uso habitual e injustificado de drogas alucinógenas o de sustancias que puedan generar toxicomanía, salvo lo dispuesto en el Artículo 347.
- La enfermedad grave de transmisión sexual contraída después de la celebración del matrimonio.
- La homosexualidad sobreviniente al matrimonio.
- La condena por delito doloso a pena privativa de la libertad mayor de dos años, impuesta después de la celebración del matrimonio.
- La imposibilidad de hacer vida en común, debidamente probada en proceso judicial.
- La separación de hecho de los cónyuges durante un período ininterrumpido de dos años. Dicho plazo será de cuatro años si los cónyuges tuviesen hijos menores de edad. En estos casos no será de aplicación lo dispuesto en el Artículo 335.
- La separación convencional, después de transcurridos dos años de la celebración del matrimonio.”

3.- BENEFICIOS E INCONVENIENCIAS

Beneficios:

- El principal beneficio que se puede establecer es que la causal de separación de hecho, surge como una solución a todas las consecuencias de una situación de facto que permanece mucho tiempo vigente y cuya regulación apremiaba, por el desorden social que aquella generaba.
- No es dable mantener jurídicamente un matrimonio en el que no exista la convivencia como forma de obtención de los fines de la unión
- La utilización de la causal de separación de hecho también resulta beneficiosa por ser una causal objetiva, no siendo necesario estar demostrando o probando determinados hechos, sino tan sólo el cumplimiento de los requisitos (por ejemplo: el plazo) señalados por ley

Inconveniencias:

- La permisibilidad induciría a una fácil ruptura ante la aparición de los primeros desencuentros matrimoniales.
- La gran mayoría de cónyuges abandonados son mujeres, facultándose así al hombre la posibilidad de un divorcio basado en hecho propio.
- No se ha previsto la posibilidad de una restricción vía la Judicatura, a los casos en que el daño ocasionado con la pretensión, cuando es esgrimida por parte del abandonante, involucre un mayor perjuicio sea para el cónyuge o los hijos.

DISPOSICIONES
COMPLEMENTARIAS
Y TRANSITORIAS

Primera. - La presente Ley se aplica inclusive a las separaciones de hecho existentes al momento de su entrada en vigencia. En dichos casos, la sociedad de gananciales fenece a partir de la entrada en vigor de esta Ley.

Segunda.- En los procesos judiciales sobre separación de cuerpos que se encuentren en trámite por las causales establecidas en los incisos del ***1 al 13 del Artículo 333*** del Código Civil, la parte demandante podrá modificar su demanda invocando las causales establecidas en los incisos 11 y 12 del referido artículo, en un plazo no mayor de treinta días, contado a partir de la vigencia de la presente Ley, no siendo aplicable, por excepción, lo dispuesto en el Artículo 428 del Código Procesal Civil. El Juez adecuará el trámite de la demanda según la vía procedimental correspondiente.

Tercera. - Para efectos de la aplicación del inciso 12 del Artículo 333 no se considerará separación de hecho a aquella que se produzca por razones laborales, siempre que se acredite el cumplimiento de las obligaciones alimentarias u otras pactadas por los cónyuges de mutuo acuerdo.

LAS CONSECUENCIAS
INDEMNIZATORIAS DE LA
SEPARACIÓN DE HECHO EN
EL DERECHO PERUANO

El artículo 345-A conlleva a que el juzgador determine sobre la existencia de un cónyuge perjudicado, conforme a su apreciación de los medios probatorios en cada caso concreto, así como su consecuente deber, de existir tal perjuicio, de fijar una indemnización a cargo de la parte menor afectada u ordenar la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos.

El segundo párrafo del mismo artículo en forma imperativa exige al Juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por el daño personal o moral que se les cause a efectos de cuantificarlo vía indemnización.

La determinación del quantum indemnizatorio en base a la valorización de la magnitud del daño y los perjuicios sufridos por la víctima por su acentuado matiz fáctico es una facultad de los jueces, el que debe fijarse prudencialmente con criterio de equidad, dicho criterio brinda márgenes de análisis para el caso específico sin linderar imperatividad en su aplicación. Sin embargo, los operadores judiciales tendrían que evaluar a los presupuestos de la responsabilidad civil como la conducta antijurídica, el factor de atribución, el nexo causal y el daño causado su lo hubiera, antes de señalar la obligación indemnizatoria.

4.- MINISTERIO PÚBLICO

El Ministerio Publico interviene en estos procesos en defensa del vínculo matrimonial y de la familia en cuanto esta constituye la célula básica de la sociedad.

MINISTERIO PUBLICO ES PARTE

ART. 96 inc. (1) DE LA LEY

ORGANICA DEL MINISTERIO

PUBLICO.

Artículo 96.- Atribuciones del Fiscal Provincial en lo Civil Son atribuciones del Fiscal Provincial en lo Civil: 1- Intervenir como parte, ejercitando los recursos y ofreciendo las pruebas pertinentes, en los juicios de nulidad de matrimonio, de separación de los casados y de divorcio.

Artículo 1.- Ley Orgánica del Ministerio Publico (que tiene como función la defensa de la familia)

Artículo 481.- el código Pro-civil. El Ministerio Publico es arte de estos procesos en defensa del vínculo matrimonial.

“CASARINO VITERBO “a cerca del ministerio público:

- Se han formulado diversas definiciones del Ministerio Público así, para algunos es una institución que tiene como función fundamental representar ante los tribunales de justicia el interés general de la sociedad.
- Por otro lado, otros dicen, que tiene por objeto mantener la correcta aplicación de la ley y velar por todo lo que le interesa al orden público, al estado.
- También se le acostumbra llamar al Ministerio Público el Abogado y procurador de la sociedad

“**CLEMENTE DIAZ**”, considera que el Ministerio Público es el “Órgano estatal encargado de hacer valer ante el órgano jurisdiccional la representación y los intereses públicos y sociales del estado. (DIAZ; CITADO POR BACNE, 1986, TOMO I: 604)

Considera que “constituye al Ministerio Público y Fiscal los funcionarios que representan y defienden ante los jueces la causal pública o social, así como los intereses del estado o fisco.

CAPITULO IV

JURISPRUDENCIA

CASACION N° 1448-2012

DEMANDANTE: BRUNO JOSE FERRERO WHITE

DEMANDADA: MARIA DEL ROCIO, AIRALDI QUIÑONEZ

MATERIA: DIVORCIO POR CAUSAL

ANTECEDENTES

DEMANDA

Bruno José Ferrero White demanda a su ex esposa la señora María del Rocío Airaldi

Quiñonez, solicitando así el divorcio por la causal de separación de hecho, la disolución del vínculo matrimonial y se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales.

Alega que contrajo matrimonio con la demandada el 20 de julio de mil novecientos setenta y ocho, ante la Municipalidad Distrital de Miraflores, procreando tres hijos, actualmente mayores de edad. La separación se produjo el veintiocho de julio del dos mil cinco por mutuo acuerdo, habiendo fijado cada conyugue un domicilio personal; asimismo, precisa que ha cumplido con abonar los gastos de estudios de sus hijas y sufraga sus de alquiler, mantenimiento, alimentación y servicios comunes del apartamento donde residen.

ABSUELVE DEMANDA:

- A) Sostiene que la demanda no reúne los requisitos legales previstos en el primer párrafo del artículo 245-A del Código Civil, esto es, acreditar estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas.
- B) El actor se comprometió a asumir todos los gastos que demandaban los estudios de sus hijas, compromiso que ha sido cumplido desde el veintisiete de setiembre

de dos mil ocho, atendiendo a que no ha cumplido no ha realizado el depósito para sus gastos personales.

- C) Cuestiona el valor probatorio de la denuncia policial que no acredita la separación, en tanto fue elaborada para justificar el inicio de la demanda.

MINISTERIO PÚBLICO:

- a) Alega que el vínculo matrimonial se encuentra acreditado con la copia de la partida del matrimonio.
- b) En relación al tiempo de separación se encuentra acreditado con la denuncia que obra a fojas veintidós.

PUNTOS CONTROVERTIDOS

Mediante resolución de fecha dos de agosto de dos mil diez que obra a fojas doscientos dieciséis, se declaró saneado el proceso y se fijó como punto controvertido:

Determinar si procese declarar infundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, consecuentemente, declarar fenecido el régimen patrimonial de la sociedad de gananciales y su subsiguiente liquidación.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez mediante resolución de fojas cuatrocientos noventa y seis, su fecha veintidós de julio del dos mil once, dicta sentencia declarando fundada la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho; en consecuencia, declara jurídicamente divorciados a ambos cónyuges, disuelto el vínculo matrimonial, fenecida la sociedad de gananciales declara no haber mérito a fijar indemnización a título de cónyuge perjudicado por no haberse acreditado que alguno de los dos cónyuges ostente tal condición, el cese de la obligación alimentaria entre los cónyuges y el derecho a heredarse entre sí.

Dicha decisión se sustenta en lo siguiente:

- i) En relación al requisito establecido en el primer párrafo el artículo 345-A, del Código Civil, si bien los cónyuges se deben recíprocamente alimentos; sin embargo, para que estos sean exigibles como requisito de procedencia deben

haber sido fijados judicialmente o por acuerdo previo entre los cónyuges. En el caso de autos no se ha acreditado la existencia de acuerdo extrajudicial o sentencia alguna en la que se determine la exigibilidad de la obligación alimentaria a cargo del accionante, por lo que no resulta exigible este requisito.

ii) Los cónyuges se encuentran separados de hecho desde el veintiocho de julio de dos mil cinco, conforme se prueba con la denuncia policial de retiro forzado de fojas veintidós la propia declaración de parte de la demandada quien reconoce expresamente que el demandante ya no vive en la casa conyugal desde mediado de dos mil ciclos, por lo que se ha cumplido con el requisito de temporalidad previsto en el inciso 12 de artículo 333 del Código Civil.

iii) La separación de los cónyuges ha sido consensuada por ende se debe entender que ambos cónyuges convinieron en hacer su vida separadamente, por tanto, no se advierte la existencia de un cónyuge perjudicado que pueda ser objeto de un resarcimiento indemnizatorio, más aún si no obra prueba que acredite que como consecuencia de la separación la demandada ha sufrido daño en su salud física o mental, que se hubiese sometido a terapias psicológicas o de soporte emocional.

RECURSO DE APELACION DE LA DEMANDA

Argumenta lo siguiente:

I) La demanda contiene un supuesto de inadmisibilidad, al no contener los requisitos legales del primer párrafo del artículo 345-A del Código Civil, y si bien sus hijos a la interposición de la demanda eran mayores de edad, sus hijas no habían culminado sus estudios universitarios, y al momento de la separación del actor se comprometió con asumir los gastos que corresponden a dichos estudios y algunos gastos personales conforme se advierte del correo electrónico del veinticinco de enero del dos mil siete.

II) No se ha realizado un conveniente y adecuado análisis de las pruebas presentadas, ya que en autos existe un correo del siete de febrero de dos mil siete que no ha sido cuestionado, donde el demandante señala que devolverá los gastos del amoblado, en el alquiler depósito en garantía, los cuales no han sido cancelados.

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

Elevados los autos a la Sala Superior en méritos del recurso de apelación interpuesto por la cónyuge demandada María del Rocio Airaldi Quiñonez, se expide la sentencia de vista de fojas quinientos cuarenta y seis, del once de enero de dos mil doce, confirmando la apelada por los siguientes fundamentos:

- i) Con relación al cumplimiento del requisito de procedencia previsto en el párrafo del artículo 345- A del Código Civil para que los alimentos entre los cónyuges sean exigibles como requisito de procedencia de la demanda, deben haber sido fijados judicialmente o por acuerdo previo entre los cónyuges, lo que no se ha acreditado en autos, además según las actas de nacimiento de los hijos procreados entre los cónyuges se aprecia que a la fecha que se produjo la separación habían superado la mayoría de edad, por lo que en caso de subsistir obligaciones alimentarias no resultaba exigible por la cónyuge.
- ii) Si bien el demandante expreso libremente su disposición y voluntad de devolver el monto de gastos realizados a su favor por la cónyuge demandada, no llego a su establecerse un acuerdo sobre un monto determinado de dinero que pudiera ser materia de devolución; tal es así que mientras el accionante considera una suma de préstamo en soles, la demandada considera la misma en dólares, de donde resulta una diferencia considerable. La comunicación habita entre los cónyuges mediante correo electrónico resulta insuficiente para constituir una obligación exigible con arreglo a lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil.
- iii) La separación de hecho se encuentra acreditada con el reconocimiento de ambas partes, habiendo expresado la demandada que se encuentra separada de su cónyuge de mutuo acuerdo.

RECURSO DE CASACION DE LA DEMANDADA

Contra la resolución expedida por la sala Superior obrante a fojas quinientos cuarenta y seis, la demandada María del Rocio Armida Airaldi Quiñones interpone recuerdo de casación, mediante escrito de fojas quinientos cincuenta y seis.

Esta Sala Suprema, según resolución de fecha veinte de junio de dos mil doce, obrante a fojas veintinueve del cuaderno de casación, ha declarado procedente el recurso de casación por la infracción normativa sustantiva del artículo 345-A del Código Civil (que regula el requisito de procedencia de la demanda de separación de hecho y la indemnización del cónyuge que resulte perjudicado con la separación); la recurrente alega que, en su contestación a la demanda señaló expresamente que esta debía declararse inadmisibile por no haber acreditado el actor estar al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras que hayan sido pactadas, en tanto el demandante además de incumplir con su obligación alimentaria, ha omitido honrar otras obligaciones que asumió formalmente, entre ellas, una deuda expresa que fue incluso aceptada por el actor de la recurrente en un correo electrónico, los que no han sido debidamente evaluados por las instancias de méritos.

En cuanto al segundo párrafo de dicho dispositivo legal, preciso que resulta claro que ha sido la recurrente la perjudicada con la separación, toda vez que no solo se vio obligada a asumir los gastos que el demandante no honro, sino que no se le restituyeron los gastos que el actor género reconoció al momento de la separación

CUESTION JURIDICA EN DEBATE

La cuestión jurídica en debate consiste en determinar si el demandante se encontraba al día en el pago de sus obligaciones alimentarias u otras pactadas para incoar la demanda de divorcio por la causal de separación de hecho, y si la recurrente es el cónyuge que ha resultado perjudicada con la separación.

Indemnización al Cónyuge perjudicado.

Que, esta Sala Suprema ha establecido en reiteradas sentencias casatorias el criterio de que el Juez está en la obligación de fijar, de oficio, una indemnización de daños y perjuicios, cuando de la apreciación de los medios probatorios llegue a la conclusión

de la existencia de un cónyuge perjudicado con la separación e, incluso, esta propia Corte Suprema, ante dicha situación, ha actuado de manera prudencial, estableciendo una indemnización a favor del cónyuge perjudicado; posición que se desprende de lo expuesto en diversas sentencias, entre ellas, la Casación N° 5620-2007, de fecha cinco de noviembre de dos mil ocho, cuando en su sétimo considerando establece que “En tal Virtud, este Supremo Colegiado considera contrario a lo sostenido por la Sala Superior- que si bien es cierto la demandada no solicitó como pretensión el pago de una indemnización de daños y perjuicios; sin embargo, estaba en la obligación de fijar una indemnización en cumplimiento del mandato expreso de la ley”, asimismo, en el considerando octavo de dicha sentencia se precisa que “(...) Este Colegiado llega a la conclusión de que la Sala Superior ha incurrido en error indicando al no pronunciarse respecto de los daños y perjuicios ocasionados a la cónyuge demandada, bajo el sustento de que no lo ha solicitado y, además, porque considero que no se habría acreditado quien es el cónyuge culpable, cuando el numeral denunciado lo que busca es determinar la existencia del cónyuge perjudicado por la separación de hecho, como consecuencia de la frustración del proyecto de vida matrimonial, la aflicción de los sentimientos y las dificultades económicas que enfrente; por consiguiente, el artículo 345-A del Código Civil resulta aplícale al caso de autos, debiendo esta Sala fijar una indemnización de daños y perjuicios prudencialmente, acorde con las pruebas acreditadas en el proceso en cuestión”.

Los fundamentos de la presente resolución adoptan los criterios establecidos por la Casación N° 1859-2009- LIMA, su fecha veinte de octubre de dos mil nueve, emitida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la Republica, que **fijo principios jurisprudenciales** sobre el caso de concreto, los que se sinterizan en lo siguiente: “a) El artículo 345-A del Código Civil conlleva a que el Juzgador determine obligatoriamente sobre la existencia de un cónyuge perjudicado, conforme su apreciación de los medios probatorios en cada caso concreto, así como su consecuente deber, de existir tal perjuicio, de fijar una indemnización a cargo de la parte afectada u ordenar la adjudicación preferente de los bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos. b) El segundo párrafo del mencionado artículo 345 exige en forma imperativa al Juez velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte perjudicado por el daño que se le cause a efectos de cuantificarlo vía indemnización, aunque ello no haya sido solicitado por las partes en la etapa procesal correspondiente; y, c) en caso no haya sido solicitada dicha pretensión por el

cónyuge perjudicado, el Juez, en virtud del mandato legal, deberá fijarlo necesariamente como punto controvertido para someterlo a debate”.

. A mayor abundamiento, debe precisarse que mediante sentencia expedida el dieciocho de marzo del dos mil once recaída en la Casación N° 4664-2010-Puno, publicada en el diario Oficial “ El Peruano” el trece de mayo del mismo año, las Salas Civiles de la Corte Suprema de Justicia de la Republica desarrollaron el Tercer Pleno Casatorio Civil, en el que se fijaron una serie de criterios sobre la indemnización regulada en el precepto legal anotado, estableciendo como precedente judicial vinculante, entre otras, las siguientes reglas: “2)En los procesos sobre divorcio -y de separación de cuerpos- por la causal de separación de hecho, el juez tiene el deber de velar por la estabilidad económica del cónyuge que resulte más perjudicado por la separación de hecho, así como la de los hijos, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 345-A del Código Civil”. En consecuencia, a pedido de parte o de oficio señalara una indemnización por daños, el que incluye el daño a la persona, u ordenará la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal, independientemente de la pensión de alimentos que pudiera corresponderle. El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona.

. En tal virtud, examinada la resolución recurrida, se llega a la conclusión que si bien las instancias de mérito no han fijado un monto indemnizatorio a favor de la recurrente; sin embargo, no se ha probado en autos que dicha demandada haya demostrado ser la cónyuge más perjudicada con la separación de hecho, en tanto la separación fue por mutuo acuerdo conforme lo ha reconocido la emplazada en su declaración de parte de fojas doscientos veintisiete, además que a la fecha de materializada la separación los tres hijos procreados con el actor habían adquirido la mayoría de edad, por lo que en caso de subsistir la pensión alimenticia correspondía a ellos solicitarla, siempre cuando cumplan los presupuestos que establece la ley; en consecuencia, esta Sala Casatoria considera que este extremo del recuerdo extraordinario también resulta infundado.

DECISION:

En aplicación del artículo 397° del Código Procesal Civil:

Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por María del Rocio Armida Airaldi Quiñones a fojas quinientos cincuenta y seis; en consecuencia, **NO CASARON** la sentencia de vista de fecha once de enero de dos mil doce, obrante a fojas quinientos cuarenta y seis, expedida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima.

DISPUSIERON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano” bajo responsabilidad; en los seguidos por Bruno José Ferraro White con María del Rocio Armida Airaldi Quiñones sobre divorcio por la causal de la separación de hecho; y los devolvieron.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA SALA CIVIL TRANSITORIA
CASACIÓN 5060 – 2011 HUAURA

DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO –

1 - Lima, catorce de noviembre del año dos mil doce.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA

Vista la causa número cinco mil sesenta – dos mil once, en Audiencia Pública de la fecha, y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia.

MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por Fabiana Bibiana Portella Sifuentes mediante escrito obrante a fojas trescientos veinte, contra la sentencia de vista emitida por la Sala Mixta Permanente de la Corte Superior de Justicia de Huaura, obrante a fojas trescientos cinco, su fecha siete de setiembre del año dos mil once, que confirma la sentencia apelada que declara infundada la demanda de divorcio por la causal de

separación de hecho interpuesta por Efraín Jaime Minaya Leyva, y fundada la reconvencción de divorcio por la causal de separación de hecho interpuesto por Fabiana Bibiana Portella Sifuentes, e integrando la citada sentencia, declara infundada la pretensión de indemnización por daños solicitada por la reconviniendo; revocando la misma sentencia en el extremo que omite establecer el pago de costas y costos, el cual se reforma para efectos de que el demandante pague a la demandada-reconviniendo los costos del proceso.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Que, el recurso de casación fue declarado procedente por resolución de fecha veinte de marzo del año dos mil doce, por las causales de infracción normativa y apartamiento inmotivado del precedente judicial previstas en el artículo trescientos ochenta y seis del Código Procesal Civil, en virtud de lo cual la recurrente denuncia: a) Se han infringido las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, conforme a lo establecido en el inciso tercero del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución Política del Estado, toda vez que la sentencia de vista evidencia una falta de motivación, ya que se declara infundada la pretensión de indemnización por daños y perjuicios solicitada por la reconviniendo, sin haberse valorado en forma conjunta todos los medios probatorios que sustentaban dicha pretensión, y que el demandante había ocasionado a consecuencia del abandono Tal es así que la sentencia de primera instancia, en el considerando décimo primero, refiere de forma arbitraria

DIVORCIO POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO:

Interpuesto por Fabiana Bibiana Portella Sifuentes mediante escrito obrante a fojas trescientos veinte; CASARON la resolución impugnada, en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista obrante a fojas trescientos cinco, únicamente en el extremo que, integrando la sentencia apelada, declaró infundada la reconvencción por indemnización formulada por la demandada; y actuando en sede de instancia:

REVOCARON: la sentencia apelada en cuanto declara implícitamente infundada la reconvencción sobre indemnización de daños y perjuicios, y **REFORMÁNDOLA** declara **FUNDADA** dicha pretensión, y ordena que el demandante pague a favor de la demandada la suma de cinco mil nuevos soles -S/.5,000.00- por dicho concepto; **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El

Peruano”, bajo responsabilidad; en los seguidos por Efraín Jaime Minaya Leyva contra Fabiana Bibiana Portella Sifuentes y otro, sobre Divorcio por la Causal de Separación de Hecho; y los devolvieron. Ponente Señor Ticona Postigo, Juez Supremo. -

**CAS. N° 1529-2011-AREQUIPA LIMA,
QUINCE DE MARZO DE DOS MIL DOCE.
LA SALA CIVIL PERMANENTE DE LA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA**

Con los acompañados; vista la causa número mil quinientos veintinueve - dos mil once, en audiencia pública llevada a cabo en la fecha y producida la votación correspondiente conforme a ley; se emite la siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación de fojas mil ciento ochenta y dos de fecha treinta de diciembre de dos mil diez interpuesto por María Vilca Quenaya de Calderón contra la sentencia de vista de fojas mil ciento sesenta y nueve de fecha dos de noviembre de dos mil diez que revocando la sentencia apelada de veintitrés de junio del dos mil diez obrante a fojas mil ciento quince declara fundada la demanda de divorcio por causal de separación de hecho, infundada la indemnización por daño moral a favor de la demandada; carece de objeto el pronunciamiento respecto a la patria potestad, tenencia, custodia, régimen de visitas y alimentos respecto de las hijas habidas dentro del matrimonio al ser las mismas mayores de edad; en consecuencia: Disuelto el vínculo matrimonial, por fenecida la sociedad de gananciales, por consiguiente los derechos y acciones que corresponden a cada uno de los excónyuges sobre el inmueble ubicado en la Avenida Pro Hogar número setecientos dieciséis del Distrito de Miraflores, Provincia y Región de Arequipa, que será liquidado en ejecución de sentencia; asimismo la pérdida del derecho a heredar entre sí, y la pérdida del derecho a llevar el apellido del esposo anexado a la de la demandada; con lo demás que contiene; en los seguidos por Héctor Calderón Flores sobre divorcio por separación de hecho.

2. FUNDAMENTOS POR LOS CUALES SE HA DECLARADO PROCEDENTE EL RECURSO:

Esta Suprema Sala mediante resolución de fecha diecisiete de agosto del dos mil once obrante a fojas veinticuatro del cuaderno de casación, ha declarado procedente el recurso por la causal de infracción normativa del artículo 345-A del Código Civil, señalando la recurrente que la disposición denunciada no ha sido aplicada correctamente en la sentencia de vista, por cuanto se esgrime fundamentos con los que se pretende validar el requisito esencial especificado en el citado artículo respecto a que para invocar el supuesto establecido en el inciso 12 del artículo 333 del Código Civil el demandante deberá acreditar que se encuentra al día en el pago de sus obligaciones alimentarias, esto es, al momento de la interposición de la demanda de divorcio por causal y no a posteriori.

DECISIÓN: a) De conformidad con el artículo 12 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial y artículo 396 del Código Procesal Civil:

Declararon FUNDADO el recurso de casación de fojas mil ciento ochenta y dos de fecha treinta de diciembre de dos mil diez interpuesto por María Vilca Quenaya de Calderón; en consecuencia, ***NULA*** la sentencia de vista de fojas mil ciento sesenta y nueve de fecha dos de noviembre de dos mil diez. b) **ORDENARON** que la Sala de mérito expida nueva resolución conforme a ley y en observancia del Precedente Vinculante número cuatro mil seiscientos sesenta y cuatro - dos mil diez - Puno señalado precedentemente. c) **MANDARON** publicar la presente resolución en el diario oficial El Peruano; bajo responsabilidad; en los seguidos por Héctor Calderón Flores con María Vilca Quenaya de Calderón sobre divorcio por separación de hecho; y los devolvieron; interviniendo como Ponente el Señor Juez Supremo Távara Córdova. SS.

CAPITULO V

CORTE SUPREMA DICTA PRECEDENTE VINCULANTE SOBRE DIVORCIO POR CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO

CASACIÓN Nª 3585-2014

CASACIÓN Nª 3585-2014, LIMA

Lima, veintiuno de setiembre del dos mil quince.

LA SALA CIVIL TRANSITORIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA

Vista la causa número tres mil quinientos ochenta y cinco – dos mil catorce; luego de verificada la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia.

MATERIA DEL RECURSO DE CASACIÓN:

Se trata del recurso de casación interpuesto por Eva Nancy Macedo Huarhua a fojas mil doscientos cincuenta y ocho, contra la sentencia de vista de fojas mil ciento ochenta y nueve, de fecha doce de setiembre de dos mil catorce, expedida por la Segunda Sala Especializada de Familia de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revoca la sentencia apelada de fecha fojas mil ciento doce, de fecha treinta y uno de enero de dos mil catorce, mediante la cual se declara fundada la demanda; y reformándola declara improcedente la incoada e improcedentes las pretensiones accesorias de indemnización y aumento de alimentos solicitada por la demandada; en los seguidos por Fernando Augusto Bulnes Pun contra Eva Nancy Macedo Huarhua y otro, sobre Divorcio por Causal de Separación de Hecho.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO DE CASACIÓN:

El recurso de casación fue declarado procedente por resolución de fecha veintiséis de marzo de dos mil quince, a fojas treinta y ocho del cuadernillo formado en este Supremo Tribunal, por las causales de:

1) Infracción normativa del artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil y del artículo 139 inciso 3 y 5 de la Constitución Política del Perú, al establecer en la sentencia de vista como único fundamento para declarar improcedentes las pretensiones de Indemnización y Aumento de Pensión de Alimentos (planteadas en la reconvencción) que “no es posible pronunciarse por las pretensiones accesorias, las cuales siguen la suerte del principal a tenor de lo dispuesto en el artículo 87 del Código Procesal Civil”, por tanto, siendo evidente la transgresión a las normas antes citadas, se ha incurrido en nulidad por afectación al principio y Derecho de Motivación de Resoluciones Judiciales y afectación al debido proceso, por cuanto toda decisión jurisdiccional se debe sustentar en consideraciones fácticas y jurídicas, constituyendo la mera referencia del artículo 87 del Código Procesal Civil, una cita legal, de modo que la decisión de desestimar las pretensiones de indemnización y aumento de pensión de alimentos, carece de fundamentación de hecho y de derecho;

2) Infracción normativa por inaplicación del artículo 345-A del Código Civil, al señalar que, en la norma citada, las pretensiones de indemnización y alimentos tiene como presupuesto del perjuicio, “la Separación de Hecho”, no la Declaración del Divorcio. En el caso de autos, está probado que existe una separación ininterrumpida entre las partes por abandono causado desde noviembre del año dos mil cinco, de modo que a pesar de desestimarse el divorcio por haberse interpuesto sin que hubiera transcurrido cuatro años de la separación, no existe inconveniente legal ni de Justicia para ampararse las pretensiones reconvenidas conforme a lo dispuesto en el artículo 345-A del Código Civil; y

3) Infracción normativa por apartamiento inmotivado del precedente judicial, al señalar que la Sala Superior ha resuelto apartarse inmotivadamente del Tercer Pleno Casatorio Civil realizado por las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Casación número 4664-2010 Puno, cuya observancia es de cumplimiento obligatorio en los procesos de familia, el cual

establece que el Juez tiene facultades tuitivas y debe flexibilizarse algunos principios y normas procesales como el de Congruencia, Acumulación de Pretensiones entre otros. Sin embargo, después de más de seis años de litigio, en que la recurrente planteó vía reconvención las pretensiones de Indemnización y Aumento de Pensión de Alimentos, simplemente son desestimadas, incluso sin una fundamentación fáctica y jurídica y omitiendo totalmente los criterios vinculantes establecidos por el Pleno Casatorio, el cual fue invocado en el recurso de apelación de la demandada.

**CORTE SUPREMA DICTA
PRECEDENTE VINCULANTE SOBRE
DIVORCIO POR CAUSAL DE
SEPARACIÓN DE HECHO**

Tercer Pleno Casatorio de las Salas Civiles Permanente y Transitoria, establece reglas que deberán observar los jueces de todas las instancias para la resolución de casos similares.

Las Salas Civiles Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia dictaron el fallo del Tercer Pleno Casatorio, sobre divorcio por la causal de separación de hecho, y establecieron diversas reglas que deberán observar los Jueces de todas las instancias para la resolución de casos similares.

La sentencia declara infundado un recurso de casación interpuesto en el marco de un proceso seguido por el ciudadano René Huaquipaco Hanco contra Catalina Ortiz Velazco.

Entre las reglas establecidas en el fallo y que deben tener presente los magistrados al momento de resolver figuran: Ejercer las facultades tuitivas (de protección) que le asisten en materia de familia y, por tanto, flexibilizar algunos principios y normas procesales como los de iniciativa de parte, congruencia, formalidad, eventualidad, preclusión, acumulación de pretensiones, en atención a la naturaleza de los conflictos que debe solucionar.

Asimismo, pronunciarse sobre la existencia de la condición de cónyuge más perjudicado de una de las partes siempre que se haya formulado –y probado– la pretensión o la alegación respectiva en las oportunidades específicamente establecidas.

Además, verificar y establecer las pruebas, presunciones e indicios que acrediten la condición de cónyuge más perjudicado a consecuencia de la separación de hecho o del divorcio en sí; integrar la resolución impugnada de primera instancia cuando se haya omitido pronunciamiento expreso sobre la existencia o inexistencia del cónyuge más perjudicado, siempre que la fundamentación respectiva aparezca de alguna forma en la parte considerativa de la sentencia apelada; entre otros.

Este fallo constituye precedente vinculante y, por tanto, es de observancia obligatoria para los jueces en procesos pendientes de resolver y cuando resuelvan casos similares, y en procesos de naturaleza homóloga (proceso de divorcio por la causal de separación de hecho y proceso de separación de cuerpos por la causal de separación de hecho según lo dispuesto por los artículos 333 inciso 12, 345-A y 349 del Código Civil).

Respecto de este tema en particular, se ha advertido que de forma continua y reiterada los Juzgados y Salas Especializadas vienen resolviendo los procesos de divorcio por la causal de separación de hecho, específicamente el referido a la indemnización prevista en el artículo 345-A del Código Civil, con criterios distintos y hasta contradictorios.

El caso materia de este Pleno Casatorio trata de un proceso de divorcio por la causal de separación de hecho seguido por René Huaquipaco Anco contra Catalina Ortiz Velazco, en el que el tema materia de casación trata esencialmente sobre la indemnización fijada a favor del cónyuge perjudicado, calidad que las instancias judiciales respectivas han reconocido a la cónyuge demandada otorgándole una indemnización por la suma de S/.10,000.00.

Partiendo del análisis de este caso concreto, las Salas Civiles Permanente y Transitoria a través de este fallo, han dispuesto establecer pautas para una interpretación vinculante, además de un criterio uniformizador para las decisiones que en el futuro adopten los órganos jurisdiccionales sobre el mismo tema.

Lima, 13 de mayo de 2011.

REGULACIÓN EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA

▪ **Legislación inglesa:**

La actual regulación sobre el divorcio fue introducida por la Divorce Reform Act del 22 de octubre de 1969. El legislador inglés fue uno de los primeros en romper con el tradicional “divorcio-sanción” o por culpa, para establecer la concepción del “divorcio-remedio”. (...) La Matrimonial Causes Act de 1973 establece como causa única de divorcio la “irretrievable breakdown of marriage” esto es, la ruptura irremediable de la comunidad conyugal 28. No obstante la prueba de esa ruptura irremediable sólo puede obtenerse mediante la acreditación de los hechos taxativamente enumerados en la ley. Estas son: y El adulterio del demandado y el hecho de que el actor considere intolerable vivir con él; y La conducta del demandado que hace razonablemente imposible el mantenimiento de la vida conyugal; y El abandono del hogar por el demandado por un período mínimo de dos años; y La separación de hecho por un período mínimo de dos años cuando el demandado consiente el divorcio; y y La separación de hecho de los cónyuges en un lapso cuya duración sea superior a cinco años si el demandado se opone al divorcio. Es menester señalar que, en 1984, hubo una reforma de dicha legislación, haciendo más fácil que los cónyuges obtuviesen el divorcio; esto debido a la reducción del plazo de tres y cinco a solo un año.

▪ **Legislación española:**

En este país el divorcio fue introducido por la Ley N° 30/1981 del 7 de julio de 1981, que modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil.

a) Divorcio por culpa. - El artículo 86.5° establece que “La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes” es causa por sí sola de divorcio. En este supuesto no es necesario acreditar ni el transcurso de un plazo de separación ni un quiebre irremediable de la vida conyugal. b) Divorcio por cese de convivencia. - Para esta causal el Código Civil ha distinguido diversos plazos, los cuales varían entre uno y cinco años, para considerar procedente la acción de divorcio por cese efectivo de la convivencia. Así tenemos que: b.1) Plazo de un año. - En este caso, dicho plazo se cuenta desde la interposición de la demanda, y el divorcio procederá en dos supuestos, establecidos por los incisos 1) y 2) del artículo 86° del

Código Civil. Estos son: y El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquella se hubiera interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

Y El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82° una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o transcurrido el plazo expresado, no hubiera recaído resolución en la primera Instancia.

b.2) Plazo de dos años. - De acuerdo con el inciso 3) del artículo 86°, las causales son: y Si existe separación de hecho libremente consentida por ambos cónyuges. El plazo se cuenta desde dicho consentimiento. y Si existe proceso de separación resuelto judicialmente. El plazo se cuenta desde la firmeza de la resolución judicial. y Si uno de los cónyuges ha sido declarado ausente. El plazo de dos años se cuenta desde la declaración judicial. b.3) Plazo de cinco años. - Esto está consagrado por el inciso 4) del artículo 86°, el cual establece “El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso, al menos de cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges”.

c) Divorcio por culpa y cese de convivencia.- Estableciendo una singular mezcla entre criterios subjetivos y objetivos, el Código señala que si aquél que pide el divorcio acredita que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación (abandono de hogar, infidelidad, conducta injuriosa o vejatoria, violación de deberes conyugales o paternos, condena a pena privativa de la libertad por más de seis años, alcoholismo, toxicomanía o perturbaciones mentales), el juez puede disolver el vínculo siempre que el cese efectivo de la convivencia conyugal haya durado al menos dos años (artículo 86.3°.b)

▪ **Legislación ecuatoriana:**

En la legislación ecuatoriana, el divorcio es una de las formas como termina el matrimonio. Las otras son: y Por la muerte de uno de los cónyuges; y Por sentencia ejecutoriada que declare la nulidad del matrimonio; o y Por sentencia ejecutoriada que concede la posesión definitiva de los bienes del desaparecido.

En cuanto a las causales de divorcio, el artículo 109° del Código Civil establece: ÿ El adulterio de uno de los cónyuges; ÿ La sevicia; ÿ Las injurias graves o actitud hostil que manifieste claramente un estado habitual de falta de armonía de las dos voluntades en la vida matrimonial; ÿ Amenazas graves de un cónyuge contra la vida del otro; ÿ Tentativa de uno de los cónyuges contra la vida del otro, como autor o cómplice; ÿ El hecho de que dé a luz la mujer durante el matrimonio, un hijo concebido antes, siempre que el marido hubiere reclamado contra la paternidad del hijo y obtenido sentencia ejecutoriada que declare que no es su hijo, conforme a lo dispuesto en este Código; ÿ Los actos ejecutados por uno de los cónyuges con el fin de corromper al otro, o a uno o más de los hijos; ÿ El hecho de adolecer uno de los cónyuges de enfermedad grave, considerada por tres médicos, designados por el juez, como incurable y contagiosa o transmisible a la prole; ÿ El hecho de que uno de los cónyuges sea ebrio consuetudinario o, en general toxicómano; ÿ La condena ejecutoriada a reclusión mayor; o ÿ El abandono voluntario e injustificado del otro cónyuge, por más de un año ininterrumpidamente. Sin embargo, si el abandono a que se refiere el inciso anterior, hubiere durado más de tres años, el divorcio podrá ser demandado por cualquiera de los cónyuges. Asimismo, es importante señalar que de acuerdo con el artículo 115° del Código Civil ecuatoriano, “para que se pronuncie la sentencia de divorcio, es requisito indispensable que los padres resuelvan sobre la situación económica de los hijos menores de edad, estableciendo la forma en que deba atenderse a la conservación, cuidado, alimento y educación de los mismos. Para este efecto, se procederá en la misma forma que cuando se trata de disolución del matrimonio por mutuo consentimiento”.

CONCLUSIONES

En el Perú, si bien el divorcio ha sido regulado desde el año 1930, durante toda su evolución, e incluso actualmente, se ha enfrentado con opositores y con reparos por cuestiones de orden moral. Dichos reparos de orden moral no han permitido una adecuada comprensión de la función que cumple el divorcio ni una adecuada regulación de sus consecuencias, específicamente, patrimoniales.

La naturaleza jurídica de la indemnización regulada en el artículo 345-A del Código Civil es la de una obligación legal indemnizatoria que tiene por acreedor al cónyuge más débil económicamente, independientemente de cualquier alegación de culpabilidad, ello por cuanto la finalidad primordial es velar por la estabilidad económica y no la de resarcir daños imputables a uno de los cónyuges y por sólo concederse en la separación de hecho, que es un divorcio no culpable.

El cónyuge más perjudicado por la separación de hecho, y beneficiario de la indemnización regulada por el artículo 345-A del Código Civil, no debe ser identificado como el cónyuge abandonado, agraviado por violencia o infidelidad, sino debe ser identificado como el cónyuge que sufre la inestabilidad económica y para cuya identificación, además, deberá tomarse en cuenta datos objetivos como el patrimonio y los ingresos previsibles de los cónyuges tras el divorcio; la situación laboral de los cónyuges; el régimen patrimonial del matrimonio; las decisiones personales o profesionales tomadas en razón de la convivencia, del matrimonio o de los hijos; situación previsional y de seguridad social; duración de la vida común; la existencia de una unión de hecho impropia durante la separación de hecho; las probabilidades de acceso al mercado laboral o de desarrollar actividad lucrativa; la edad; el estado de salud; el grado de instrucción y la experiencia laboral; el aporte a la actividad del otro cónyuge; entre otras circunstancias, cuidando siempre de excluir criterios culpabilísticos que nada tienen que ver con la indemnización estudiada.

RECOMENDACIONES

- En primer lugar, y para evitar confusiones, es fundamental explicar la diferencia entre separación y divorcio ya que la tendencia en el lenguaje común es no diferenciarlos, cuando en realidad jurídicamente son diferentes.

- Los cónyuges están obligados a vivir juntos, por lo que, si no se va a cumplir con dicha obligación, lo razonable es interponer una demanda de separación o, al menos, pactar los términos de la separación de hecho.

- Debería establecerse como cláusula de dureza dentro de la aplicación de la causal de separación de hecho, la posibilidad del Juzgador en el caso concreto, de denegar la petición de divorcio, cuando se acredite mediante evaluación razonada que traerá consecuencias nocivas mayores o de perjuicio más grave, para el cónyuge perjudicado con la separación. Ello se respalda en el hecho que sea el 70% de varones los que sobre el total de la muestra analizada, recurren a esta nueva vía solicitando el divorcio, cuando bien sabemos que de acuerdo a factores de idiosincracia e incluso económicos, las más perjudicadas son las cónyuges y los hijos.

RESUMEN

La separación de hecho es una causal de divorcio que le da celeridad al proceso, que además el Juez puede otorgar una indemnización por daño emocional a alguna de las partes.

Esta causal se encuentra contemplada en el inc.12 en el Ar.333 del Código Civil incorporada mediante Ley 27495 que data de julio del año 2001.

Esta causal tiene características diferentes a las otras causales dentro de ellas que se puede alegar también el hecho propio, así como también se refiere concretamente al quiebre del deber de cohabitación entre los cónyuges, aspecto que puede realizarse por parte de uno de ellos o de forma conjunta y exteriorizarse hacia fuera, a través de forma expresa o forma tácita.

Esta causal es la más utilizada en los estrados judiciales frente a la existencia de conflicto matrimonial, precisamente porque no busca un cónyuge culpable, es que se deben tener en cuenta 3 requisitos:

4. Elemento objetivo._ Que es determinar el cese definitivo de la vida en común.
5. Elemento subjetivo._ vinculado a la intención cierta y deliberada de parte de uno o de ambos cónyuges de quebrar el deber de cohabitación, esto es de no compartir un mismo destino final.
6. Elemento temporal._ vinculado al transcurso ininterrumpido del tiempo, con un plazo mínimo legal que la ley estipula de 2 años, cuando no se tiene hijos menores, y de 4 años cuando si los tienen.

¿Esta causal puede generar algún daño, o algún perjuicio?

Indudablemente que si, en cuanto podría de repente resultar perjudicial precisamente aquel cónyuge que no genere el quiebre de la vida en común, y para ello la Ley contempla como un contrapeso lo establecido por el artículo 345-A del Código Civil, cuando señala un aspecto de forma y fondo para su beneficio.

En este caso se dice que, deberá acreditar estar allí en el cumplimiento de obligación alimentaria aquel que demanda.

El Juez deberá velar por la estabilidad económica del cónyuge más perjudicado y sus hijos, fijando una indemnización o una adjudicación preferente de bien, sin perjuicio de la pensión alimenticia que pudiera corresponderle.

Precisamente sobre este último extremo es que nos pone en relieve que para el análisis de este perjuicio de separación de una forma u otra tenemos que conocer las causas por las cuales se produce la separación y pone de relieve que la causal no es totalmente remedio sino también que tiene una connotación de sanción para efectos del perjuicio en la separación, es como ha ido el desarrollo jurisprudencial en esta causal ha sido ardua y a la vez contradictorio hasta el año 2010 en que luego se produce un pleno casatorio que ha permitido unificar criterios para efectos de poder un adecuado tratamiento de la causal, y dentro de ellos se establecido la función tuitiva del Juez, la flexibilización de forma, el tema de la protección especial para los hijos, la mujer y para el anciano.

Como también que debe darse de oficio o a pedido de parte, y fundamentalmente 4 reglas que deben tenerse en cuenta para fundabilidad de la causal que es vinculado a:

- Que haya habido juicio de alimentos previos.
- Procesos de tenencias/ visitas.
- Que haya una evidente situación desventajosa para uno de los cónyuges.
- Que haya habido una afectación emocional o psicológica.

Finalmente, el Pleno Casatorio concluye estableciendo que esta indemnización no es ni responsabilidad civil contractual ni extracontractual, sino una obligación legal basada en la solidaridad y en la equidad.

Esta situación es lo que acontece en la actualidad y obviamente da lugar a nuevas pautas de desarrollo jurisprudencial y propuestas legislativas.

Bibliografía

- ✓ Bermudez, A. R. (24 de mayo de 2011). *http://blog.pucp.edu.pe*. Obtenido de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2011/05/24/corte-suprema-dicta-precendente-vinculante-sobre-divorcio-por-causal-de-separacion-de-hecho/>
- ✓ Chero, J. E. (s.f.). Pleno Juridiccionales en materia civil. Lima: Grijley.
- ✓ *GACETA JURIDICA*. (12 de noviembre de 2015). Obtenido de <http://laley.pe/not/2905/no-hay-indemnizacion-si-separacion-de-hecho-fue-por-mutuo-acuerdo/>
- ✓ ISABEL, R. M. (25 de AGOSTO de 2001). SEPARACION DE HECHO. *LA REPUBLICA*.
- ✓ *Legis.pe*. (8 de octubre de 2016). Obtenido de <http://legis.pe/indemnizacion-por-separacion-de-hecho-solo-procede-cuando-es-invocada-en-proceso-de-divorcio-de-divorcio-por-causal/>
- ✓ Manuel, M. C. (2001). *Derecho de Familia*. Ediciones Juridicas.
- ✓ *Ministerio Publico Gerencia General*. (s.f.). Obtenido de https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/publicaciones/26_ley_organica_mp.pdf
- ✓ *Ministro de la mujer y poblaciones bulnerables* . (s.f.). Obtenido de https://www.mimp.gob.pe/files/direcciones/dgfc/diff/normatnacional_separacionhecho_y_divorcio/1_Ley_27495.pdf
- ✓ montoya, L. P. (2000). Conclusiones del Pleno Juridiccional Familia 1999. Lima.
- ✓ Nieto, L. (14 de marzo de 2017). *SCRIBD*. Obtenido de <https://es.scribd.com/document/341891005/Divorcio-en-el-Peru-pdf>

ANEXO

SENTENCIA: EXP. 2007-00831-0-2501-JR-FA-1

1 JUZGADO DE FAMILIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA
DEL SANTA